

SEÇÃO CRIMINAL

A evolução do Protesto por Novo Júri no Direito Brasileiro

ANTÔNIO CARLOS DA PONTE (*)
Promotor de Justiça - SP

I - Introdução

Instituto controverso, objeto ainda hoje de calorosos debates, foi o Protesto por Novo Júri suprimido do atual anteprojeto do Código de Processo Penal, sob a justificativa de que sua eliminação é uma exigência dos tempos e da necessidade de aplicação da pena justa.

Ocorre, porém, que a tese defendida na exposição de motivos do mencionado anteprojeto não é fruto de posicionamento uniforme na doutrina, muito pelo contrário.

Sustentam os defensores de tal recurso privativo da defesa que "ainda mesmo não havendo intenção parcial do Júri, pode a eloquência do acusador, impressões desfavoráveis ao réu, o horror do crime por si só, uma convicção momentânea, um erro funesto, seduzir ou desvairar o espírito dos jurados" ⁽¹⁾, isso tudo aliado à intensidade da pena (vinte ou mais anos de reclusão); sendo assim, prudente a renovação do julgamento.

Por outro lado, alegam os opositores do referido instituto que "não há por que invalidar uma decisão tomada em processo sem qualquer vício; o protesto importa a duplicação automática do julgamento; é contra a economia processual; dificulta e procrastina a execução da pena, a qual quanto mais expedita mais exemplar" ⁽²⁾.

Na verdade, o Protesto por Novo Júri foi criado, visando possibilitar um segundo julgamento aos réus condenados às penas de morte ou galés perpétuas, dada a irreparabilidade de eventual erro judiciário. Com a abolição de tais penas no Direito Penal Brasileiro e a diminuição da competência do Tribunal do Júri, que atualmente apenas julga os crimes dolosos contra a vida e eventuais delitos conexos, cessaram os motivos que embasavam a adoção do mencionado instituto.

(*) - Professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) e da Faculdade de Direito da Universidade Paulista (UNIP).

(1) - J. A. PIMENTA BUENO - "Apontamento sobre o Processo Criminal Brasileiro", 1922, pág. 249.

(2) - HÉLIO BASTOS TORNAGHI - "Curso de Processo Penal", 1980, Volume II, Editora Saraiva.

Contudo, embora não tenha sido abraçado pelo atual anteprojeto do Código de Processo Penal, que buscou aprimorar a instituição democrática do Tribunal do Júri, expressamente mantida pela Constituição de 1988, dando-lhe uma nova roupagem e conferindo-lhe maior eficácia; ainda hoje, com base na legislação em vigor, é o Protesto por Novo Júri exercitado em casos extremamente graves, causando perplexidade aos leigos, insegurança quanto à aplicação da lei e, conseqüentemente, descrença na Justiça, que assegura ao criminoso a oportunidade de ser julgado em duas oportunidades distintas, somente com fundamento na pena imposta ao delito que cometeu.

II – Escorço histórico

Na Inglaterra e na maioria dos países que seguem a linha do Direito anglo-saxão existiam dois institutos muito próximos ao Protesto por Novo Júri, o *writ of "venire facias de novo"* e a "*motion for a new trial*". O primeiro, nada mais é do que a ordem dada pelo tribunal ao juiz para que convoque o Júri para novo julgamento, enquanto o segundo é representado pelo simples pedido de novo julgamento. Em ambos os casos novo julgamento é realizado, muito embora tais recursos sigam fundamentos diferentes.

"O *writ of venire facias de novo* funda-se na invocação de erros visíveis ao mais superficial exame dos autos, enquanto que a *motion for a new trial* baseia-se em provas que não estão nos autos. O *writ* é concedido quando o tribunal verifica a existência de irregularidades na decisão do Júri, ou quando o veredicto é de tal modo imperfeito, ambíguo ou contraditório que nenhuma decisão pode nele basear-se. O *new trial*, novo julgamento, é concedido quando a condenação é severa, ou melhor, quando a pena imposta é pesada".⁽³⁾

Até a primeira metade do século XVII, o *writ of "venire facias de novo"* só era admitido no Direito Processual Civil, sendo que, posteriormente, também passou a ser usado no Direito Processual Penal, nos casos de infrações penais leves, com a ressalva de que o novo julgamento não era automático, dependendo da concessão do tribunal de instância superior. Ainda hoje tal recurso vigora na Inglaterra, todavia, a "*motion for a new trial*" foi abolida.

As legislações francesa e portuguesa não adotaram o Protesto por Novo Júri, sendo que a própria lei inglesa, em instituto correlato, não o concede com a franqueza que o faz a brasileira. Nos dizeres do eminente Florêncio de Abreu, o protesto "é uma peculiaridade da processualística penal brasileira".⁽⁴⁾

Referindo-se ao indigitado instituto, que surgiu entre nós com o Código de Processo Criminal de 1832 (artigo 308) e, posteriormente (1841), foi restringido aos crimes reprimidos com penas de morte ou galés perpétuas, pondera Vioti Magalhães que "sempre admitiu a legislação processual do país o protesto por novo júri. Já o Código de Processo do Império o facultava, se a pena imposta pelo Júri fosse de cinco anos de degredo, ou desterro, três de galés ou prisão, ou de morte. O novo Júri seria o da Capital da Província. Se a sentença emanasse deste, o protesto seria para o Júri de maior população dentre os mais vizinhos, designados pelo Juiz de Direito. Posteriormente, o Regulamento nº 120, de 1842, incluía-o em o artigo 437, como um dos recursos admissíveis. Sempre admitido no velho direito processual do Império, o protesto por novo julgamento foi, com o advento do regime republicano, mantido, conservado em todas as leis processuais dos Estados Federados".⁽⁵⁾

Com a República surgiu o pluralismo processual, onde cada Estado-membro passou a ter seu próprio Código de Processo Penal, mantendo-se, contudo, na Constituição de 1891 a instituição do Júri.

Assim, no Distrito Federal, em consonância com o artigo 309 do Decreto nº 16.273, de 20 de dezembro de 1923, que entrou em vigor a partir de 28 de janeiro de 1924, o protesto por novo julgamento seria permitido quando a condenação fosse por vinte ou mais anos. Era o princípio vigente em Minas Gerais (artigo 546 do seu Código de Processo Penal) e no Estado do Rio de Janeiro (artigo 1.010 do seu Código Judiciário). Já no Paraná chegou-se ao extremo de se facultar o protesto nas condenações iguais ou superiores a dez anos, ou a seis, quando o *verdictum* não reunisse dois terços dos votos.

Inspirando-se no artigo 393 do então anteprojeto de Código de Processo Penal, elaborado pela comissão presidida pelo Professor Vicente Raó, à época Ministro da Justiça, e integrada pelos Ministros Bento de Faria e Plínio Casado, além do Professor Gama Cerqueira, surgiu em janeiro de 1938, sob a égide da Constituição de 1937, que não previa a instituição do Júri, o Decreto-Lei nº 167, que em seu artigo 97 estabeleceu a uniformidade quanto ao tempo de condenação que permitia o protesto por novo julgamento, dispondo que ele se daria sempre que a condenação fosse de prisão por vinte e quatro anos ou mais.

De acordo com o magistério de Ary Azevedo Franco, "tínhamos assim, que o protesto por novo julgamento só ocorreria quando o réu fosse condenado, em crime da competência do Júri, às penas correspondentes aos graus máximo e submáximo do homicídio qualificado (30 anos e 25 anos e seis meses - artigo 294, § 1º), ao grau máximo do homicídio simples (24 anos - artigo 294, § 2º), ao grau máximo do infanticídio (24 anos - artigo 298), aos graus máximo e submáximo do latrocínio (30 anos e 25 anos e seis meses - artigo 359), tudo da Consolidação das Leis Penais".⁽⁶⁾

"Unificada a legislação processual penal, veio, em janeiro de 1942, o Código de Processo Penal trazendo profundas inovações na regulamentação da instituição, embora a base fosse ainda o Decreto-Lei nº 167. E, nessa remodelação, não só foi mantido o Protesto por Novo Júri, desde que a pena não fosse imposta em grau de apelação, como, inclusive, se aboliu a soberania dos veredictos, tal qual o fizera o Decreto-Lei já referido".⁽⁷⁾

Espinola Filho e Inocêncio Borges da Rosa, dentre outros processualistas, foram contra a permanência do Protesto por Novo Júri, sob o fundamento de que perdera ele sua razão de ser, num regime em que se permitia ao Tribunal *ad quem* rever e corrigir, em grau de recurso, as sentenças do Júri.

Com o advento da Constituição de 1946, a instituição do Júri foi totalmente remodelada, voltando as decisões do Tribunal Popular a ter soberania (artigo 141, § 28).

Posteriormente, em 1948, entrou em vigor a Lei nº 263, que alterou o estatuto processual penal então vigente, na parte atinente ao Júri, adaptando-o às exigências constitucionais e, obviamente, tornando realidade a soberania das decisões do tribunal leigo.

III – Condições de admissibilidade

Ensina Inocêncio Borges da Rosa, que "o protesto por novo Júri, como recurso, apresenta as seguintes características: a) é privativo da defesa; b) só se admite quando a sentença condenatória é de reclusão por tempo igual ou superior a vinte anos; c) não pode ser feito mais de uma vez; d) não pode ser feito quando a pena foi imposta em grau de apelação; e) invalida qualquer outro recurso interposto; f) será feito na forma e nos prazos estabelecidos para a interposição da apelação; g) no novo julgamento não poderão servir os jurados que tenham tomado parte no primeiro julgamento".⁽⁸⁾

O saudoso Professor Galdino Siqueira definia o Protesto por Novo Júri como "a provocação feita da sentença de um Júri para outro, a fim de julgar a causa de novo".⁽⁹⁾

(3) - apud HÉLIO BASTOS TORNAGHI, pág. 342.

(4) - FLORÊNCIO DE ABREU - "Comentários ao Código de Processo Penal", 1945. Volume V, pág. 325.

(5) - VIOTI MAGALHÃES - "Recursos em Geral". Edição de Oliveira. Costa & Cía. Belo Horizonte, 1932. pág. 205. nº 63.

(6) - Ary Azevedo Franco - "Código de Processo Penal", 5ª edição, 1954. Volume II, pág. 317. Editora Revista Forense.

(7) - Fernando da Costa Tourinho Filho - "Processo Penal", 8ª edição, 1986. Volume IV, pág. 329. Editora Saraiva.

(8) - Inocêncio Borges da Rosa - "Processo Penal Brasileiro", 1942. Volume IV, pág. 45. Livraria Globo.

(9) - Galdino Siqueira - "Curso de Processo Criminal", 1930. pág. 366. nº 438. Livraria Magalhães.

É pacífico que o recurso apontado tem como única finalidade a desconstituição do julgamento anterior, para que outro se profira, em lugar do primeiro, para todos os efeitos. Ele torna, pois, inexistente o julgamento realizado, mas não interfere com a sentença de pronúncia e, conseqüentemente, com o libelo-crime acusatório, cabendo ao Juiz Presidente do Tribunal do Júri somente designar novo julgamento popular.

Comunga também de tal entendimento, o Ministro José Celso de Mello Filho que, por ocasião do julgamento do HC 67 737-0-RJ (DJU de 16.2.90, pág. 930), teve oportunidade de externar que "o protesto por novo Júri, que constitui prerrogativa exclusiva do réu, cumpre função específica em nosso sistema jurídico: a de operar a invalidação do primeiro julgamento, que se desconstitui para todos os efeitos jurídicos processuais, a fim de que novo julgamento se realize. Com sua regular manifestação e acolhimento, o protesto torna inexistente a decisão anterior e expunge o processo de quaisquer nulidades eventualmente ocorridas durante o primeiro julgamento. Contudo não afeta e nem desconstitui a sentença de pronúncia e o libelo-crime acusatório".

O protesto nada mais é do que o recurso de juízo a quo para juízo a quo, muito embora não possam servir no novo julgamento jurados que tenham tomado parte no primeiro. A pena prevista no artigo 607 do Código de Processo Penal, como pressuposto do recurso, deve resultar de um só crime.

Ocorrendo condenação por crime doloso contra a vida e por outro conexo, o protesto não alcançará a decisão relativamente a este. Em relação a tal parte da sentença, o réu poderá apelar, ficando suspenso o processamento de tal recurso, até nova decisão quanto ao crime de competência do Júri.

Na hipótese de incidência do concurso formal de delitos, a pena imposta em razão do concurso é que servirá para balizar a admissibilidade ou não do protesto.

No tocante ao crime continuado, cumpre assinalar que, além de se considerar, por uma *fictione juris*, haver um só crime para efeito de aplicação da pena, foi a equidade a inspiradora dessa ficção, pelo que não se pode fugir à admissibilidade do protesto, que é outro instituto também fundado na equidade.

Não pode o protesto ser interposto mais de uma vez, sob pena de gerar nulidade no julgamento resultante do segundo protesto, prevalecendo, assim, a decisão recorrida. Contudo, a apelação anterior, do réu ou da acusação, não impede que se interponha o referido recurso, desde que esse se torne cabível em virtude da reprimenda imposta na condenação emanada do veredicto dos jurados.

Figurando o protesto como recurso, da decisão que o denega cabe carta testemunhável, nos termos do artigo 639, Inciso I, do Código de Processo Penal. Não partilham de tal entendimento José Frederico Marques e Damásio Evangelista de Jesus, os quais sustentam a impetração de *habeas corpus* contra a decisão que indefere o protesto.

Apelando o acusado, sob o fundamento de que a decisão do órgão colegiado foi manifestamente contrária à prova dos autos, mesmo tendo direito a protestar, não está o tribunal inibido de, em consonância com o artigo 579 do Código de Processo Penal, receber a apelação como protesto, enviando-se, assim, o réu a novo Júri.

Caso o increpado fuja após o deferimento do protesto, sua conduta não importará deserção do recurso interposto, uma vez que a regra do artigo 595 do Estatuto Processual Penal diz respeito à fuga antes do respectivo julgamento do apelo.

Admitido o protesto, aguardará o réu o julgamento, que não poderá realizar-se na mesma sessão periódica, mas na seguinte, pois ficam impedidos de funcionar os sete jurados que serviram no primeiro, restando quatorze jurados desimpedidos, o que é insuficiente para o *quorum* legal mínimo de quinze dias jurados para a instalação da sessão.

IV – Protesto por novo júri e "reformatio in pejus"

Defende boa parte da doutrina que, no julgamento resultante do Protesto por Novo Júri, a pena imposta ao acusado no primeiro Júri não poderá ser agravada, sob pena de incidir-se em verdadeira *reformatio in pejus*.

Tal entendimento, que apresenta como um de seus expoentes o eminente Professor Hermínio Alberto Marques Porto, fundamenta-se no sentido de que "sendo a *reformatio in pejus* uma regra integrada em nosso sistema processual penal, e não havendo norma processual específica sobre a matéria, a interpretação extensiva poderá ser adotada, do que resultará o impedimento da aplicação de pena mais grave no julgamento resultante do deferimento do protesto por novo Júri".⁽¹⁰⁾

Referida tese é combatida com vigor por José Frederico Marques, Paulo Lúcio Nogueira e Fernando da Costa Tourinho Filho, dentre outros autores, os quais sustentam que deferido o Protesto por Novo Júri, nada impede que no novo julgamento o réu sofra pena mais grave que no anterior, pois o primeiro foi invalidado, além do que, poderão surgir entre um e outro julgamento fatos que repercutam desfavoravelmente ao réu. Some-se a isso, que o veredicto do Júri é soberano.

Não obstante a existência de tais balizados entendimentos, ousou sustentar uma terceira tese, que se apóia no inconformismo manifestado pelo *Parquet*, quanto à pena imposta no primeiro julgamento.

Em havendo Recurso de Apelação interposto pelo órgão do Ministério Público, com fundamento no artigo 593, Inciso III, alínea "c", do Código de Processo Penal, ainda que tal inconformismo não produza efeito imediato diante do protesto interposto, ele tem o condão de possibilitar eventual majoração da pena, quando do segundo julgamento decorrente do protesto.

Não são poucas as hipóteses nos processos de competência do Tribunal do Júri, que a reprimenda de vinte anos de reclusão se afigura como tímida, diante das circunstâncias que envolveram o delito. Obstar o órgão do *Parquet* de pleitear a majoração de tal reprimenda, através da simples interposição de recurso privativo da defesa, sem dúvida macularia o equilíbrio entre as partes no processo, além de atingir, de modo fulminante, o interesse público.

De outra banda, caso o Ministério Público mantenha-se silente quanto à pena aplicada no julgamento que resultou o protesto, quando do segundo júri, o increpado não poderá ter sua situação agravada, ainda que o Promotor de Justiça venha a recorrer da reprimenda imposta nessa segunda oportunidade.

Essa posição intermediária, embora discutível, parece-me mais condizente com os Princípios que regem o Júri e o Direito Processual Penal.

V – Pena fixada em sede de apelação

Objeto de calorosos debates é a possibilidade de concessão ou não do Protesto por Novo Júri, quando a pena foi imposta em grau de apelação.

Dispõe o artigo 607, § 1º, do Código de Processo Penal:

"Artigo 607

§ 1º Não se admitirá protesto por novo júri, quando a pena foi imposta em grau de apelação (art. 606)".

(10) - HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO - "Júri", 7ª edição, 1993, fls. 284 e 285, Malheiros Editores.

A clareza de tal dispositivo legal é apenas aparente, visto que o grande questionamento existente fica por conta da revogação ou não do referido § 1º, pela Constituição Federal de 1946

Heleno Cláudio Fragoso entendia que o indigitado § 1º foi revogado pela Constituição de 1946, sendo, assim, admissível o Protesto por Novo Júri, mesmo quando a pena fosse cominada em grau de apelação. Partilha da mesma opinião o Professor Hermínio Alberto Marques Porto, para quem "fixada nova pena pela segunda instância por adoção de regra de concurso de crimes, o enunciado pelo § 1º do artigo 607 não serve de impedimento à satisfação de protesto por novo júri, pois o mencionado parágrafo reporta-se ao artigo 606, revogado pela Lei nº 263/48 e que, em fase anterior à Constituição de 1946 e quando afastada a soberania dos veredictos, previa o provimento de apelação para absolver ou para condenar o acusado; está, pois, derogado o mencionado parágrafo" (11)

Para Fernando da Costa Tourinho Filho, o discutido § 1º não foi revogado, apenas sofreu um deslocamento em virtude de técnica legislativa, persistindo a proibição inserida. Segundo o festejado autor "é evidente que o § 1º do artigo 607, ao se referir ao artigo 606, incluía, logicamente, seu respectivo parágrafo único. Temos então que o § 1º do artigo 607 se referia tanto ao artigo 606 como a seu parágrafo único. Ora, o artigo 606 foi revogado. Seu parágrafo único continuou, embora deslocado, para constituir o atual § 2º do artigo 593" (12)

Não há dúvida de que ambas as correntes expostas são plenamente sustentáveis, muito embora os tribunais venham manifestando maior simpatia pela segunda, que pugna pela não revogação do § 1º do artigo 607. Tal tendência funda-se nos ensinamentos de Florêncio de Abreu, para quem o protesto nada mais é do que o apelo da decisão do povo para o próprio povo, não havendo sentido, pois, sob pena de desnaturá-lo, permitir a incidência de tal recurso frente às decisões dos juízes togados.

VI - Conclusão

O Protesto por Novo Júri nasceu com a precípua função de sanar eventual erro judiciário, já que era admitido nos primórdios, apenas nos casos de condenação à morte ou galés perpétuas

Permaneceu em nossa legislação ao longo dos anos, não obstante fossem a ele endereçadas severas e fundadas críticas.

Hoje, quando a sociedade clama por uma Justiça mais célere e eficiente, apresenta-se como verdadeiro entrave, possibilitando àquele que subtraiu o bem maior do homem uma nova oportunidade de ser julgado. Sua manutenção em nosso diploma legal afronta a mais comezinha noção de interesse público, e faz que o bem "vida" assuma um papel subalterno na escala de valores sociais.

Aqueles que venham a praticar um latrocínio (artigo 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal) ou o delito de extorsão mediante seqüestro com o evento morte (artigo 159, § 3º, do Código Penal), ambos crimes contra o patrimônio, indiscutivelmente graves, desde que o processo tenha tramitado regularmente, com o conseqüente direito à ampla defesa, não terão um segundo julgamento. A pena cominada a tais delitos também é de grande monta.

Por outro lado, aquele que destruir o bem "vida", depois de ser devidamente julgado pelo Tribunal Popular, terá uma nova chance. Motivo lógico para tal discrepância não há.

Pelas razões expostas, entendo que andou bem o atual anteprojeto do Código de Processo Penal ao não prever o vetusto, inadequado e, por vezes, instrumento de impunidade, denominado Protesto por Novo Júri.

(11) - apud HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO, pág. 282.

(12) - apud FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, pág. 325

Bibliografia

- ABREU, Florêncio de, "Comentários ao Código de Processo Penal", 1945, Volume V.
- ACOSTA, Walter P., "O Processo Penal", 6ª edição, 1967, Editora do Autor.
- BORGES DA ROSA, Inocêncio, "Processo Penal Brasileiro", 1942, Volume IV, Livraria Globo.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, "Código de Processo Penal Brasileiro Comentado", 1ª edição, Volumes V e VI.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, "Jurisprudência Criminal", São Paulo, 1979, Volume II.
- FRANCO, Alberto Silva, "Teoria e Prática do Júri", Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, 1991.
- FRANCO, Ary Azevedo, "Código de Processo Penal", Editora Revista Forense, 5ª edição, 1954, Volume II.
- JESUS, Damásio Evangelista de, "Código de Processo Penal Anotado", Editora Saraiva, 10ª edição, 1993.
- MAGALHÃES, Vioti, "Recursos em Geral", Edição de Oliveira, Costa & Cia, Belo Horizonte, 1932.
- MARQUES, José Frederico, "Elementos de Direito Processual Penal", Editora Forense, 1ª edição, 1965, Volume IV.
- "O Júri no Direito Brasileiro", Editora Saraiva, 2ª edição, 1955.
- "A Instituição do Júri", Editora Saraiva, 1963.
- MARREY, Adriano, "Teoria e Prática do Júri", Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, 1991.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini, "Código de Processo Penal Interpretado", Editora Atlas, 2ª edição, 1994.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio, "Curso Completo de Direito Processual Penal", Editora Saraiva, 6ª edição, 1991.
- NORONHA, E. Magalhães, "Curso de Direito Processual Penal", Editora Saraiva, 18ª edição, 1987.
- PEREIRA, José Ruy Borges, "Tribunal do Júri - Crimes Dolosos contra a Vida", Editora Saraiva, 1ª edição, 1993.
- PIERANGELLI, José Henrique, "Códigos Penais do Brasil", Editora Jalovi, 1ª edição, 1980.
- PIMENTA BUENO, J. A., "Apontamento sobre o Processo Criminal Brasileiro", 1922.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques, "Júri", Malheiros Editores, 7ª edição, 1993.
- RAMALHO, Joaquim Inácio, "Elementos de Processo Criminal", 1856.
- SIQUEIRA, Galdino, "Curso de Processo Criminal", Livraria Magalhães, 1930.
- STOCO, Rui, "Teoria e Prática do Júri", Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, 1991.
- TORNAGHI, Hélio Bastos, "Curso de Processo Penal", Editora Saraiva, Volume II, 1980.
- TORRES, Magarinos, "O Processo Penal do Júri", 1939.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, "Processo Penal", 8ª edição, 1986, Volume IV.
- TUBENCHLAK, James, "Tribunal do Júri - Contradições e Soluções", Editora Forense, 1ª edição, 1990.
- WHITAKER, Firmino Antônio da Silva, "Júri", Editora Saraiva, 6ª edição.